

PONDERACIÓN Y CONSTITUCIÓN VIVIENTE
COMO EXPRESIÓN DEL MISMO FENÓMENO
CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA
NORTEAMERICANA*

Balancing and Living Constitution as Expressions
of the Same Legal Phenomenon: The American
Experience

GONZALO CANDIA FALCÓN
Pontificia Universidad Católica de Chile

Cómo citar/Citation

Candia Falcón, G. (2016).
Ponderación y constitución viviente como expresión
del mismo fenómeno constitucional: la experiencia norteamericana.
Revista Española de Derecho Constitucional, 107, 41-74.
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.107.02>

Resumen

En el presente trabajo, el autor busca demostrar la conexión conceptual existente entre la ponderación como un mecanismo de resolución de casos referidos a derechos fundamentales y el modelo de constitución viviente. En efecto, se plantea

* El presente artículo se encuentra dentro del marco del proyecto de investigación 3210/DPCC 2013 de la Pontificia Universidad Católica de Chile titulado «Interpretación proporcionalista de las garantías fundamentales, teoría ética y dignidad humana» del cual el autor es investigador responsable. A menos que se indique lo contrario, la traducción de los textos citados es nuestra. El autor agradece los comentarios formulados por el doctor José Tomás Alvarado, profesor del Instituto de Filosofía de la Pontificia Universidad Católica de Chile del referido proyecto. Se agradece la colaboración prestada en el presente trabajo del alumno Juan Lagos.

que ambos conceptos están asociados. Ello porque la aceptación de la ponderación supone promover un modelo de Constitución extremadamente flexible y moldeable, el que es, precisamente, ofrecido por la noción de *constitución viviente*. El artículo intenta demostrar esta conexión conceptual a partir de la experiencia constitucional norteamericana de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. El autor culmina señalando las tensiones introducidas dentro del esquema constitucional clásico por el binomio ponderación-constitución viviente.

Palabras clave

Ponderación; principio de proporcionalidad; jurisprudencia de intereses; constitución viviente; Estado de derecho.

Abstract

The author seeks to demonstrate the hidden connection that exists between balancing and the living constitution. In this respect, accepting balancing as a mechanism of constitutional adjudication assumes the need to conceptualize the Constitution as a living instrument. In effect, balancing requires a model of Constitution flexible and moldable, standard that the living constitution precisely promotes. The article demonstrates this connection by describing the experience of American constitutionalism at the end of the XIX century and the beginning of the XX century. Finally, the author points out the tensions that the binomial balancing-living constitution introduces within the traditional framework of constitutionalism.

Key words

Balancing; proportionality principle; jurisprudence of interests; living constitution; rule of law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PANORAMA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO DE PRINCIPIOS DEL SIGLO XX: LOCHNER Y EL ACTIVISMO JUDICIAL LIBERTARIO: 1. Descripción del contexto. 2. Primera línea de crítica: la constitución viviente. 3. Segunda línea de crítica: la jurisprudencia de intereses. III. EL BINOMIO PONDERACIÓN-CONSTITUCIÓN VIVIENTE EN ACCIÓN: EL CASO HOME BUILDING & LOAN ASS'N VS. BLAISDELL (1934). IV. CONEXIONES: PROPORCIONALIDAD Y CONSTITUCIÓN VIVIENTE. V. REFLEXIONES FINALES: LA PROBLEMÁTICA ASOCIADA AL BINOMIO PONDERACIÓN-CONSTITUCIÓN VIVIENTE: 1. Problemática dogmática: concepto de Constitución. 2. Problemática institucional: el papel desempeñado por el juez. 3. Problemática ética: consecuencialismo y proporcionalismo jurídico. VI. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Parece existir cierta claridad dentro del mundo del derecho constitucional acerca del origen de la ponderación como un mecanismo de resolución de casos de derechos fundamentales. En efecto, se suele señalar que el Tribunal Constitucional alemán de posguerra fue el primero en utilizarla para resolver casos de conflictos de derechos¹. Sin embargo, estudios recientes han mostrado cómo la ponderación ya había sido considerada por ciertos sectores del constitucionalismo norteamericano como un mecanismo válido de resolución de casos durante la primera mitad del siglo xx². En ese contexto, este artículo tiene estos objetivos: (a) mostrar cómo la temprana conceptualización norteamericana de la ponderación estuvo íntimamente asociada al surgimiento de la noción de *living constitution* o constitución viviente, (b) ofrecer las razones que conceptualmente hicieron posible esa conexión y (c) señalar las tensiones que el modelo ponderación-constitución viviente introdujo dentro del constitucionalismo.

Al respecto, se argumentará, tomando como punto de partida la experiencia constitucional norteamericana, que los conceptos de *ponderación y constitución viviente* están íntimamente asociados. Ello por cuanto la aplica-

¹ Barak (2012: 179-181).

² Bomhoff (2013).

ción de la ponderación o *balancing* como un criterio de resolución de casos de derechos fundamentales supone la conceptualización de la constitución como un instrumento viviente.

En una primera parte, el artículo busca describir los aspectos esenciales del momento constitucional existente en los Estados Unidos a fines del siglo XIX y principios del siglo XX. En ese sentido, se describirá sucintamente la forma en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos comenzó a declarar la inconstitucionalidad de parte de la legislación social dictada por los estados federados en aquella época. A continuación, se describirán las dos respuestas críticas que fueron elaboradas respecto de esa jurisprudencia. Finalmente, a través del Caso *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell* (1934), se describirá cómo, en la práctica, operó el binomio ponderación-constitución viviente.

En una segunda parte se ofrecerán las razones conceptuales que llevan a concluir que el desarrollo constitucional norteamericano en torno al referido binomio no es casual. En efecto, la ponderación de los derechos constitucionales, considerados estos como principios, promueve la adopción de un modelo de Constitución extremadamente flexible y moldeable, un estándar que la noción de *constitución viviente* puede satisfacer plenamente.

Por último, se harán presentes algunas tensiones institucionales que surgen del binomio ponderación-constitución viviente. Dichas tensiones están relacionadas con tres factores: (a) dogmático, (b) institucional y (c) ético. En general, los mismos refieren cuestiones vinculadas tradicionalmente a la noción de Estado de derecho, el cual exige que los jueces resuelvan los casos sujetos a su conocimiento a través de normas jurídicas predeterminadas que buscan limitar la discrecionalidad judicial.

II. EL PANORAMA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO DE PRINCIPIOS DEL SIGLO XX: LOCHNER Y EL ACTIVISMO JUDICIAL LIBERTARIO

1. DESCRIPCIÓN DEL CONTEXTO

El desarrollo de la cultura norteamericana de fines del siglo XIX y principios del siglo XX estuvo fuertemente marcada por el cambio desde una sociedad agraria y rural a una industrializada y urbana. Dichos desarrollos significaron el surgimiento de conflictos asociados a la denominada *cuestión social*. Uno de ellos fue originado por el surgimiento de la nueva legislación laboral en los estados. A modo de ejemplo, dicha legislación (a) estableció horarios de trabajo diferenciado y limitado para mujeres y niños; (b) ordenó la adopción de estándares básicos de seguridad e higiene en el interior de la empresa;

(c) prohibió el pago de salarios en especie, y (d) fijó multas para los incumplimientos de la misma legislación³. Sin embargo, los propietarios y administradores de las empresas comenzaron rápidamente a cuestionar la constitucionalidad de dichas regulaciones y, desde fines de la década de 1880, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos comenzó a declararlas inconstitucionales. Esto por cuanto el Tribunal Supremo estimó que la nueva legislación laboral infringía el derecho a la libertad de contratación contenida en la enmienda XIV de la constitución norteamericana⁴.

En efecto, el Tribunal Supremo comenzó a considerar que la libertad de contratación se encontraba protegida por la enmienda XIV en términos casi absolutos⁵. Tal como lo señaló el Tribunal en *Allgeyer vs. Louisiana* (1897)⁶ dicha libertad debería custodiar:

El derecho de todo ciudadano a ser libre en el disfrute de sus facultades [...] a perseguir la vida que pretenda vivir [...] y, con tal propósito, a celebrar todo tipo de contratos propios, necesarios y esenciales para concluir exitosamente los objetivos anteriormente mencionados⁷.

Como es posible observar, el Tribunal Supremo norteamericano de fines del siglo XIX conceptualizó la libertad de contratación de forma tal que la imposición de límites legislativos a la misma representaba, en principio, una infracción de la enmienda XIV. Ello porque el Tribunal consideró esta libertad «central para la autonomía personal y el desarrollo de la personalidad»⁸ y, en ese contexto, concibió dicha libertad en términos casi absolutos. Por tanto, toda restricción de la misma constituiría una inconstitucionalidad.

El caso más paradigmático de esta corriente jurisprudencial norteamericana está representado por *Lochner vs. New York* (1905). El caso se originó de la siguiente forma. La legislatura estatal de Nueva York estableció ciertas regulaciones sanitarias y de higiene para ser aplicadas a las panaderías del estado en 1897. Dicha regulación establecía que ningún trabajador podría trabajar en

³ Pound (1909: 466).

⁴ Peebles (1980: 69-70).

⁵ La enmienda señala en la parte correspondiente: «Ningún estado privará a persona alguna de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido procedimiento legal [...]».

⁶ *Allgeyer vs. Louisiana*, 589.

⁷ *Allgeyer vs. Louisiana*, 589.

⁸ Kommers, Finn y Jacobson (2010: 217).

panaderías por más de sesenta horas a la semana o más de diez horas al día. Ello, razonaba la legislatura, permitiría la producción de pan de mejor calidad.

La regulación en cuestión fue incumplida por Joseph Lochner, dueño de una panadería de Nueva York. Como consecuencia de lo anterior, la Administración aplicó una multa en su contra. Esta fue impugnada por Lochner ante los tribunales del estado. El argumento central de esa impugnación fue que la regulación de los horarios de trabajo de los panaderos infringía la libertad tanto del empleador como del trabajador para celebrar contratos y definir sus términos y, por tanto, violaba la enmienda XIV de la Constitución. Los pronunciamientos tanto del Tribunal de Primera Instancia como de la Corte de Apelaciones del Estado Federado resultaron ser favorables a Lochner. Posteriormente, el Tribunal Supremo de Estados Unidos confirmó la decisión de los tribunales estatales. Ello en la medida que «no existían argumentos razonables para interferir con la libertad de una persona o su derecho de contratación a través de regulaciones legales que establecieran horas máximas de trabajo para el rubro de las panaderías [...] la limpieza e integridad del pan no dependen del hecho de que el panadero trabaje diez horas al día o sesenta a la semana»⁹.

Posteriormente, el Tribunal Supremo norteamericano continuó con esta misma línea jurisprudencial. Así, en *Adkins vs. Children's Hospital* (1923), el Tribunal resolvió que la regulación que estableció un salario mínimo para mujeres que trabajaban en el distrito de Columbia era inconstitucional, en la medida que aquellas no ocupaban una posición de inferioridad civil en la sociedad que les impidiera negociar sus contratos de trabajo. Por tanto, ellas eran completamente libres para aceptar o rechazar los términos de estos como cualquier persona¹⁰.

En ese contexto, se entendía que la Constitución de los Estados Unidos protegía la propiedad y la libertad y, por tanto, las legislaturas estatales o federales solo podrían interferir en dichas materias «debido a la existencia de circunstancias excepcionales»¹¹. Esta visión constitucional se asoció por sus críticos, como se examinará más adelante, a la idea de una constitución formalista y estática, cuya aplicación requería de una mera derivación de silogismos a partir de principios inmutables e inalterables. Todo ello en la línea de las exigencias del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, el cual fue recibido con sumo entusiasmo por los juristas constitucionales norteamericanos del primer período de la república y continuado a lo largo del siglo XIX por sus sucesores,

⁹ *Lochner vs. New York*, 57.

¹⁰ *Adkins vs. Children's Hospital of District of Columbia*, 553-554.

¹¹ *Adkins vs. Children's Hospital of District of Columbia*, 546.

dada la supuesta capacidad de ese tipo de iusnaturalismo para ordenar el sistema jurídico sobre la base de principios normativos fundamentales¹².

Pese a ello, muchos advirtieron que la interpretación que el Tribunal Supremo hacía de la enmienda XIV y de la libertad de contratación representaba la aplicación pura y simple no de la Constitución, sino de la doctrina económica del *laissez-faire*. De hecho, el magistrado Oliver Wendell Holmes, en su célebre voto discrepante en *Lochner*, refirió que «este caso ha sido decidido bajo el estándar de una teoría económica que buena parte del país no acepta [...] una Constitución no es redactada para sostener una específica teoría económica, sea esta paternalista o [...] de *laissez-faire*»¹³.

A partir del análisis de Holmes, surgieron también dos aproximaciones críticas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la aplicación de la enmienda XIV. La primera visión fundó su crítica en la incapacidad exhibida por los tribunales norteamericanos de adaptar sus decisiones a la nueva realidad social y laboral del país que emergía desde fines del siglo XIX. La segunda, representada por Roscoe Pound, atacó directamente el mecanismo de razonamiento empleado por el Tribunal Supremo para resolver este tipo de casos.

2. PRIMERA LÍNEA DE CRÍTICA: LA CONSTITUCIÓN VIVIENTE

Un representante del primer tipo de crítica fue Frank J. Goodnow, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Yale. Este autor criticó fuertemente al Tribunal Supremo por aplicar principios generales, tales como el derecho de propiedad y la libertad de contratación, de acuerdo al entendimiento filosófico-político del siglo XVIII¹⁴. En ese sentido, Goodnow opinaba que el Tribunal debía abandonar «la concepción de que nuestra Constitución postula un [...] sistema inmodificable y una rígida e inflexible regla de derecho privado»¹⁵. Ello por cuanto «las constituciones [...] deben ser consideradas como declaraciones de principios generales cuya aplicación debería considerar las condiciones cambiantes [de la sociedad]»¹⁶. En ese contexto, Goodnow agregaba, eran los jueces quienes estaban llamados a adaptar la Constitución «a los cambios económicos y sociales producidos por la revolución industrial

¹² Reimann (1996: 392-393).

¹³ *Lochner vs. New York*, 75.

¹⁴ Goodnow (1911).

¹⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹⁶ *Ibid.*, p. 6.

en los últimos ciento cincuenta años»¹⁷ a través de la interpretación constitucional.

En efecto, la tensión producida en Estados Unidos a principios de siglo XX por la línea jurisprudencial anteriormente descrita dio lugar al surgimiento de la expresión constitución viviente (*living constitution*)¹⁸. Esta conceptualización asumía que la Constitución era «una norma viviente, que debía ser interpretada a la luz de las condiciones vivientes de la sociedad»¹⁹. Por tanto, la Constitución debería representar «un documento [...] suficientemente flexible para ser adaptado a las condiciones sociales de los diferentes períodos de la historia»²⁰. Esta nueva concepción estuvo fuertemente influida por el impacto producido por el pensamiento de Charles Darwin en el mundo intelectual norteamericano²¹. Sobre esta base, se postuló que la Constitución era un organismo viviente que evoluciona permanentemente, no por factores internos a la misma, sino por las presiones externas que recibe del ambiente en el cual se aplica²². En ese sentido, Woodrow Wilson, profesor de Ciencias Políticas en Princeton y posterior presidente de los Estados Unidos, indicaba que la Constitución era «modificada por su ambiente, necesitada por sus tareas, definida en sus funciones por las presiones de la vida [...] las constitucio-

¹⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹⁸ Al mundo de la teoría constitucional europea, y en especial al de la dogmática alemana, no le ha sido extraña la discusión en torno a los procesos de mutación informal de los textos constitucionales. Pese a que, como señala Francisco Javier Matia Portilla, es complejo hacer un paralelo conceptual entre ambas discusiones debido a las diferencias existentes en torno a los sistemas jurídico-constitucional respectivos es posible afirmar que desde muy temprano la doctrina publicista alemana comenzó a teorizar en relación a este tópico (Matia, 2013: 545). En ese sentido, puede verse el texto clásico «Reforma y mutación de la Constitución» de Georg Jellinek (1906) en la traducción al español preparada por Christian Föster en 1991 y publicada por el CEPC. Para un análisis profundo de esos primeros autores alemanes (Laband, Jellinek, Heller, Hsü o Smend) puede leerse el estudio de Ana Victoria Sánchez Urrutia (2000). Complementando dicho análisis, el reciente trabajo de Göran Rollnert Liern (2014) da cuenta de los últimos desarrollos de la doctrina alemana en torno a esta cuestión, utilizando autores tales como Müller, Hesse y Böckenförde. Para una revisión de la discusión en torno a esta temática, pero en el contexto del derecho constitucional español, obra de consulta obligada es *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente* de Pedro de García Vega (1985).

¹⁹ Corwin (1936: 302).

²⁰ Miller (1963: 884).

²¹ Watson (2009: 57-58).

²² Dodson (2008: 1328).

nes políticas vivientes deben ser consideradas darwinianas en su estructura y práctica»²³.

Por otro lado, estudios recientes afirman que existe una conexión entre el surgimiento de la noción de *constitución viviente* y el gran despertar (*great awakening*) del evangelismo norteamericano a partir de la segunda mitad del siglo XIX²⁴. En efecto, el auge del evangelismo norteamericano y de la moralidad estricta por él predicada llevó a numerosas legislaturas estatales a dictar normas que prohibían la venta de alcohol y la práctica de juegos de azar, lo que en principio contradecía aparentemente la interpretación que tradicionalmente se hacía de la enmienda XIV²⁵. Pese a ello, el Tribunal Supremo norteamericano no tuvo problema alguno en validar la constitucionalidad de dichas leyes prohibitivas, dado que la dictación de este tipo de normas, que buscaban salvaguardar la moral pública, se encontraba dentro de los poderes de policía de los estados federados y se adecuaba a la evolución de las *mores* de ellos²⁶. Así, los críticos del Tribunal Supremo plantearon que la posición adoptada por este último en relación con la aplicación de la enmienda XIV a la nueva legislación laboral en los estados federados era completamente inconsistente con la aproximación que el mismo Tribunal había tenido respecto de la legislación en torno al alcohol y las loterías durante buena parte del siglo XIX²⁷.

La adaptación de la Constitución a la realidad de cada período histórico requería, sin embargo, de un agente de cambio. En ese sentido, la analogía darwiniana no era completamente feliz, dado que el cambio no se producía por sí solo, sino que requería de la acción de un agente institucional. Para la mayoría de los autores constitucionales norteamericanos de la primera mitad del siglo XX dicha acción correspondía esencialmente a los jueces y, en especial, al Tribunal Supremo²⁸. Es por ello que, autores como Arthur S. Miller, plan-

²³ Wilson (1908: 56-57).

²⁴ Compton (2014).

²⁵ *Ibid.*, pp. 94-96.

²⁶ *Ibid.*, pp. 99-109.

²⁷ *Ibid.*, pp. 149-153.

²⁸ Para efectos de este trabajo se considera la noción de *constitución viviente* más referida en la doctrina constitucional. Ello no implica, sin embargo, aceptar que el término es unívoco. Por el contrario, existen ciertos autores que, manteniéndose fieles a la idea de que la Constitución debe ser adaptada a las nuevas circunstancias, plantean diferentes sujetos y mecanismos de cambio. *Vid.* Ackerman (2014: 42-47). En ese contexto, resulta comprensible por qué William Rehnquist planteaba que la interrogante acerca de qué era una constitución viviente «no era fácil», por cuanto la expresión «tiene una molesta imprecisión que la convierte en un abrigo de muchos colores». *Vid.* Rehnquist (1976: 693).

teaban que «a través del proceso de actualización de la Constitución llevado a cabo por el Tribunal Supremo, el Tribunal actúa como una permanente asamblea constituyente»²⁹. Por tanto, aceptar la doctrina de la constitución viiente, en ese sentido, requería superar el mito interpretativo; esto es, suponer que los jueces interpretan la Constitución al aplicar un concepto vago e indeterminado y asumir que son fuente creadora de derecho constitucional³⁰.

En efecto, y siguiendo este razonamiento, los jueces, al aplicar los principios generales contenidos en la Constitución a las nuevas realidades sociales del país, no interpretaban las normas de la ley fundamental. Por el contrario, ellos creaban derecho y de esta forma hacían posible la aplicación de la Constitución a las nuevas realidades que iban emergiendo y que no fueron ni imaginadas por los redactores de la carta fundamental³¹. Dicha capacidad de los jueces para conocer de la realidad y resolver basándose en ella y no solo a partir de estándares legales es una cuestión que no pasó desapercibida para importantes jueces de ese tiempo. Por ejemplo, Benjamin Cardozo, magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos y figura paradigmática del progresismo judicial norteamericano, señaló que el proceso de razonamiento desarrollado por un juez al momento de decidir un caso era similar a aquel seguido por el legislador. Esto es así porque ambos estaban orientados en su estudio por «la vida misma»³². Es, precisamente, el estudio de los hechos, de las circunstancias del caso y de las consecuencias de las mismas lo que permitiría a Cardozo afirmar que «ambos [juez y legislador] legislan dentro de sus respectivas competencias»³³.

Considérese la opinión discrepante del magistrado Brandeis en la Sentencia *Olmstead vs. United States* (1928) como ejemplo de esta aproximación. La discusión central del caso era si las transcripciones de las conversaciones telefónicas obtenidas por la policía sin autorización judicial podían ser invocadas como medios de prueba válidos en juicio de acuerdo a las exigencias de la enmienda IV. La norma en cuestión prohíbe, en el contexto de una investigación criminal, la realización de registros no autorizados judicialmente. Pese a ello, el Tribunal Supremo rechazó la acción presentada por las víctimas porque la intención de los redactores de la enmienda IV nunca consideró la posibilidad de la intervención ilegítima de las líneas telefónicas en la medida que ellas no existían ni fueron imaginadas al tiempo de la redacción de la

²⁹ Miller (1963: 885).

³⁰ Beard (1936: 32-33).

³¹ Stone (1936: 20).

³² Cardozo (1921: 113).

³³ *Loc. cit.*

Constitución³⁴. En respuesta a ello, Brandeis, partidario del modelo de constitución viviente, señaló que «la Constitución debía aplicarse a objetos que incluso los padres fundadores nunca soñaron que llegarían a existir»³⁵. Ello por cuanto «las disposiciones de la Constitución que garantizan la protección respecto de específicos abusos de poder de parte del gobierno deben tener la [...] capacidad de adaptarse a un mundo en cambio constante»³⁶.

Como se puede apreciar, el surgimiento de la idea de la constitución viviente está fuertemente determinada por el período histórico en el que este ocurre. En el contexto descrito, la doctrina surge como un instrumento para adaptar una constitución redactada durante el siglo XVIII a las exigencias de la nueva realidad industrial y urbana de Estados Unidos. En la práctica, la promoción de la constitución viviente buscó permitir la expansión de las facultades legislativas de los estados y el estado federal en relación con las materias relacionadas con la administración económica del país. Esa autorización exigía la adopción por parte de los tribunales de criterios de deferencia respecto del actuar del legislador. Es bastante significativo que, una vez concluido dicho proceso por vía primariamente legislativa a través del *New Deal*, el uso judicial de la expresión *living constitution* casi desapareciera³⁷ y solo volviera a surgir con casos en los cuales el Tribunal Supremo declarara inconstitucionales preceptos legales por ser estos supuestamente violatorios de la privacidad, la autonomía o la autodeterminación de las personas, principios todos ellos supuestamente contenidos en la enmienda XIV³⁸. En este tipo de casos, el Tribunal Supremo invocó la noción de *constitución viviente* no para justificar la adopción de un criterio de deferencia respecto de las decisiones del legislador, sino como un elemento para promover la declaración de inconstitucionalidad de diversos preceptos legales.

3. SEGUNDA LÍNEA DE CRÍTICA: LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES

Una segunda visión crítica en relación a la línea jurisprudencial de la cual *Lochner* fue el caso paradigmático fue aquella que atacó directamente el método de razonamiento jurídico-constitucional empleado en esos casos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Esto es, la forma en la que el Tribunal concebía la aplicación de la Constitución a casos concretos. Desde esta

³⁴ *Olmstead vs. United States*, 465.

³⁵ *Olmstead vs. United States*, 471.

³⁶ *Olmstead vs. United States*, 472.

³⁷ Horwitz (1993: 56).

³⁸ Peebles (1980: 103).

perspectiva, el principal crítico fue Roscoe Pound, entonces decano de la influyente Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

Pound vio en la línea jurisprudencial de *Lochner* el desarrollo de una suerte de «jurisprudencia mecánica»³⁹. Ello por cuanto el Tribunal Supremo, al resolver acerca de la constitucionalidad de la nueva legislación social dictada por los estados, se habría simplemente limitado a esto: (a) asumir de manera incuestionada que la enmienda XIV incorporaba la libertad de contratación en términos *spencerianos*, y (b) deducir a partir de esa teoría económica reglas que eran aplicadas con absoluto desconocimiento de la situación fáctica de cada caso⁴⁰. En ese sentido, Pound agregaba, el Tribunal deducía una regla específica —toda legislación estatal o federal que restrinja la libertad de contratación en casos no excepcionales es inconstitucional— a partir del presupuesto predeterminado de que la libertad de contratación consistía en la absoluta autodeterminación de la voluntad de las personas. Dicha deducción, criticaba Pound, era realizada en términos absolutamente *necesarios* y no meramente posibles⁴¹. Al mismo tiempo, argüía Pound, las decisiones del Tribunal no tomaban en consideración ninguna consecuencia práctica producida a partir del fallo mismo⁴².

Este mecanismo, a partir del cual los jueces procedían a derivar reglas de forma *necesaria* y no meramente *posible* a partir de principios predeterminados, fue llamado por Pound «jurisprudencia mecánica»⁴³. Dicha forma de razonamiento jurídico operaba utilizando estándares constitucionales como si estos fuesen reglas⁴⁴. El sistema de resolución, sin embargo, era concebido como «científico» por quienes lo empleaban, en la medida que estaba basado sobre la sola construcción de silogismos lógicos a partir de premisas predeterminadas⁴⁵.

De acuerdo con Pound, una de las causas de la adopción por parte del Tribunal Supremo de esta jurisprudencia constitucional mecánica fue la recepción de las teorías del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, el cual influyó fuertemente en la configuración de la Constitución de Estados Unidos, especialmente, en la concepción del *bill of rights*⁴⁶. Dicha concepción estaba fundada en la oposición entre derechos y libertades, por una parte, y la

³⁹ Pound (1908: 615-616).

⁴⁰ *Ibid.*, p. 616.

⁴¹ *Loc. cit.*

⁴² *Loc. cit.*

⁴³ *Ibid.*, p. 607.

⁴⁴ *Loc. cit.*

⁴⁵ Pound (1908: 608).

⁴⁶ Pound (1909: 464-465).

acción del estado legislador, por otra. Esa oposición facilitaba concebir la acción normativa del estado como un mal menor que los ciudadanos debían soportar, pero solo de forma excepcional⁴⁷.

Por último, Pound argumentaba que las decisiones del Tribunal Supremo, en la medida que estaban fundadas en una serie de análisis silogísticos, no tomaban en consideración (a) ni los hechos pertinentes al caso (b) ni las consecuencias prácticas de la sentencia. En ese sentido, una de las críticas más fuertes dirigidas por Pound a la jurisprudencia constitucional mecánica era que esta había transformado, por medio de los artificios de la técnica judicial, cuestiones de hecho en cuestiones de derecho⁴⁸. Era ese desconocimiento de las circunstancias fácticas reales de la cuestión social en Estados Unidos a principios del siglo XX lo que, a juicio de Pound, había llevado al Tribunal Supremo a declarar inconstitucionales las leyes estatales que buscaban regular el mercado del trabajo⁴⁹. Por tanto, era necesario encontrar un mecanismo de resolución de casos que permitiera al juez «considerar todos los hechos y circunstancias»⁵⁰. Para Pound, la determinación de la constitucionalidad de una acción estatal dependería siempre del contexto fáctico del caso en cuestión⁵¹. En conformidad a lo anterior, podrían existir casos donde una misma acción podría ser constitucional, pero otros en los cuales la misma resultaría perfectamente inconstitucional⁵². Usando palabras de John Dewey, el juez al resolver debía centrarse más «en las consecuencias que en los antecedentes»⁵³ del caso, cuidando, al mismo tiempo, de operar sobre la base de la «lógica de la predicción de probabilidades más que a la deducción de certezas»⁵⁴.

En ese contexto adquieren sentido las palabras de Harlan Stone, magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de aquel tiempo, quien manifestaba que el derecho en sí mismo no era sino un intento por reconciliar las diversas y muchas veces contradictorias demandas surgidas ante los cambios sociales⁵⁵. En efecto, el papel del juez era acomodar los distintos intereses existentes en los casos ponderándolos debidamente⁵⁶.

⁴⁷ *Ibid.* p. 465.

⁴⁸ *Ibid.* p. 468.

⁴⁹ *Ibid.* p. 470.

⁵⁰ *Di Santo vs. Commonwealth of Pennsylvania*, 44.

⁵¹ Stone (1936: 24).

⁵² *Loc. cit.*

⁵³ Dewey (1924: 26).

⁵⁴ *Loc. cit.*

⁵⁵ Stone (1936: 11).

⁵⁶ *Loc. cit.*

Pound, como filósofo del derecho, trataba de analizar el problema en un contexto más amplio. Es así como indicaba que el proceso de evolución del derecho tendía, tarde o temprano, a la «petrificación»⁵⁷. Esto se debía a que, una vez consolidado un sistema jurídico, sus actores terminarían haciéndolo operar «mecánicamente», como si este se fundara absolutamente en reglas y no estándares⁵⁸. Esa «petrificación» no hacía sino «imponer las ideas de generaciones pasadas a las nuevas»⁵⁹, dado que la aplicación mecánica de las reglas no daba lugar a la valoración de los cambios fácticos ocurridos en la actualidad⁶⁰. Eso era, lo que a juicio de Pound, estaba ocurriendo en el derecho constitucional norteamericano de su tiempo.

Frente a ese escenario, Pound proponía al Tribunal Supremo la adopción de un modelo de jurisprudencia de intereses en el que «los principios y doctrinas se ajusten a las circunstancias que viven los seres humanos y no a primeros principios predeterminados»⁶¹. Ello suponía reconocer que detrás de todo conflicto constitucional existía una colisión de intereses individuales, sociales y públicos⁶². Dicha colisión debía resolverse por medio de la ponderación de los mismos considerando las diversas circunstancias fácticas concretas de cada caso⁶³. Tratándose de la aplicación de la enmienda XIV a casos como *Lochner*, Pound argumentaba que la ponderación debía encaminarse a lograr «una reconciliación racional [de los intereses contrapuestos] o su correspondiente ajuste normativo»⁶⁴. A través de esta propuesta, Pound buscó hacer aplicable al derecho público norteamericano las tesis de la jurisprudencia so-

⁵⁷ Pound (1908: 606).

⁵⁸ *Loc. cit.*

⁵⁹ *Loc. cit.*

⁶⁰ *Ibid.* p. 614.

⁶¹ *Ibid.* pp. 609-610.

⁶² Pound (1943: 1). Pound efectivamente promovía la aplicación del modelo de ponderación a la resolución de casos constitucionales. Esto aparece como una novedad dentro del derecho constitucional norteamericano de su tiempo. Sin embargo, existen autores que plantean lo opuesto. Esto es, que el sistema de ponderación de intereses no fue adoptado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos a partir del *New Deal*, sino antes. De hecho, este mecanismo habría sido utilizado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos para, precisamente, resolver *Lochner*. *Vid.* Yowell (2014: 106-111). Para una posición en contrario a la señalada por Yowell, en el sentido de que el Tribunal Supremo no habría utilizado el *balancing* para resolver *Lochner*, *vid.*: Thomas Sullivan y Frase (2009: 163).

⁶³ *Ibid.* p. 2.

⁶⁴ *Ibid.* p. 4.

ciológica cuya aplicación al Derecho privado era promovida en Europa por autores como Francois Geny, Philipp Heck y Rudolf von Ihering⁶⁵.

Pese a lo anterior, Pound no estableció con precisión cuáles eran los mecanismos mediante los cuales el proceso de ponderación de intereses debía ser realizado. Lo único que Pound señaló es que el proceso de ponderación o balance de intereses no era una cuestión metodológicamente simple, sino que, por el contrario, presentaba dificultades serias. Entre ellas, se encontraba la clasificación misma de los intereses sujetos a *balancing*. Dicha clasificación podría, en términos de Pound, resolver la cuestión con el puro enunciado del problema y hacer el análisis posterior irrelevante⁶⁶. Harlan Stone, sin embargo, sí ofreció un criterio de ponderación: las ventajas sociales y económicas que se producirían a partir de la selección de una opción⁶⁷. Dentro de este modelo, el resultado de la ponderación dependería necesariamente de sus consecuencias.

Cabe señalar que Pound creía que la Constitución norteamericana era, efectivamente, una constitución viviente que se ajustaba a los tiempos a través de la interpretación judicial.⁶⁸ Sin embargo, y tratándose de la serie de casos que ofrecen el contexto para este artículo, Pound estimaba que el ejercicio de ponderación que suponía la aplicación de la enmienda XIV debía ser realizado preferentemente por el legislador, y no por el Tribunal Supremo⁶⁹. La razón de esta preferencia era de tipo institucional. El legislador contaba con los medios necesarios, tales como los comités parlamentarios y sus *hearings* (audiencias), para conocer y comprender adecuadamente los hechos que originaban la discusión y que motivaban la regulación. Por el contrario, los tribunales, planteaba Pound, carecían de los mecanismos institucionales necesarios para apreciar suficientemente los hechos detrás de cuestiones tales como las planteadas en *Lochner* y, por tanto, no podrían realizar una ponderación adecuada debido a la falta de información pertinente⁷⁰.

La ponderación propuesta por Pound fue rápidamente acogida por el derecho constitucional norteamericano que comenzó a aplicarla especialmente en los casos de *free speech* (libertad de expresión), con particular énfasis a partir de 1939⁷¹. Dicho uso, representó, de acuerdo a Aleikinoff, «un quie-

⁶⁵ Bomhoff (2013: 56-57). *Vid.*, asimismo, Reimann (1996: 398-399).

⁶⁶ Pound (1943: 2).

⁶⁷ Stone (1936: 20).

⁶⁸ Pound (1908: 615).

⁶⁹ Pound (1909: 621-622).

⁷⁰ *Ibid.* p. 622.

⁷¹ *Vid.* Schneider *vs.* State of New Jersey.

bre importante con el pasado [...] [el que fue] un intento de los tribunales por demostrar que podían rechazar la idea de jurisprudencia mecánica sin rechazar la noción de Derecho»⁷². Sin embargo, su aplicación a los procesos de resolución de casos constitucionales no fue pacífico y generó discusiones permanentes en torno a su utilización⁷³.

III. EL BINOMIO PONDERACIÓN-CONSTITUCIÓN VIVIENTE EN ACCIÓN: EL CASO HOME BUILDING & LOAN ASS'N VS. BLAISDELL (1934)

La problemática de la cual el caso *Lochner* es el principal representante concluyó finalmente por vía política. En efecto, el presidente Franklin Delano Roosevelt llegó al poder en las elecciones de 1933, tras el desastre de la crisis financiera de 1929. Para remediar sus efectos, Roosevelt estimó necesario incrementar el papel que representaba la legislación federal en la vida económica del país, lo que generó nuevas regulaciones en todas las áreas del comercio y la industria. Esto lo hizo confiado en el hecho de que el Congreso federal tenía atribuciones constitucionales suficientes para resolver la problemática económica de su tiempo⁷⁴. En la práctica, ello significó la aprobación por parte del Congreso de un conjunto de leyes de carácter social.

Mucha de esa nueva legislación no tardó en ser impugnada en razón de su supuesta inconstitucionalidad. En un principio, el Tribunal Supremo declaró la inconstitucionalidad de algunas de las leyes en concreto. Sin embargo, el Tribunal comenzó a cambiar su línea jurisprudencial hasta aceptar la constitucionalidad de la normativa en cuestión hacia 1934⁷⁵. Dicho cambio se debió a razones puramente políticas: el presidente Roosevelt amenazó a los jueces del Tribunal Supremo con el envío de un proyecto de ley al Congreso, que efectivamente fue presentado durante 1937, por el cual se le otorgaban facultades para designar un nuevo magistrado en el Tribunal Supremo por cada magistrado mayor de setenta años. Ante esta amenaza, el Tribunal Supremo comenzó, poco a poco, a desechar su anterior jurisprudencia en torno a la libertad de contratación y a declarar la constitucionalidad de las normas legales que conformaban el proyecto presidencial del *New Deal*⁷⁶.

⁷² Aleinikoff (1987: 949).

⁷³ Frantz (1963: 729-754).

⁷⁴ Wiecek (2005: 678).

⁷⁵ Kommers *et al.* (2010: 219).

⁷⁶ Solomon (2005: 233).

Es en ese contexto que se hace necesario analizar el Caso *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell* (1934). Este caso reviste interés para el estudio de este artículo, por cuanto muestra cómo el Tribunal Supremo utilizó de forma conjunta las ideas de *constitución viviente* y *ponderación de intereses* para resolver acerca de la constitucionalidad de la ley de moratoria de pagos votada favorablemente por la legislatura de Minnesota en 1933. En el contexto de la crisis económica que estaba viviendo Estados Unidos, la legislatura estatal de Minnesota dictó una ley cuyo objetivo era habilitar los tribunales estatales para decretar la suspensión de los procedimientos de ejecución de hipotecas en casos determinados. De acuerdo a la ley en cuestión, dicha suspensión se podía autorizar durante el período de emergencia económica que estaba viviendo el país y, en todo caso, no podía continuar más de allá de 1935.

En el caso específico, un acreedor hipotecario, afectado por la decisión de un tribunal de Minnesota que autorizó la suspensión de la ejecución, reclamó la inconstitucionalidad de la ley estatal. El Tribunal Supremo de Minnesota rechazó la acción y el acreedor finalmente llevó el caso ante el Tribunal Supremo Federal.

El principal argumento del recurrente fue que la ley impugnada infringía abiertamente el art. 1.º sección 10.º de la Constitución de Estados Unidos que, en lo que concierne, señala: «Ningún estado [...] promulgará [...] [una] ley que menoscabe las obligaciones contenidas en los contratos». Dicha norma fue incluida en la Constitución con el objetivo de evitar que las legislaturas estatales pudieran anular contratos válidamente celebrados con fines de tipo populistas en un contexto económico muy complejo para la recién nacida nación del norte⁷⁷.

Pese a la relativa claridad del texto de la norma constitucional en cuestión, el magistrado Hughes, ponente de la sentencia, se negó a ver en ella un mandato específico del constituyente⁷⁸. En efecto, Hughes señaló que la prohibición impuesta por el art. 1º sección 10º de la Constitución «no era absoluta y no debía ser leída con la literal exactitud de una fórmula matemática»⁷⁹. Por el contrario, la aplicación de la norma a casos concretos suponía la necesidad «de armonizar la prohibición constitucional con el [...] poder legislativo de los estados»⁸⁰.

Como es posible apreciar, el magistrado Hughes buscó resolver el caso en cuestión a través del uso del mecanismo de la ponderación de intereses,

⁷⁷ Madison (1788: 218-219).

⁷⁸ *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell*, 426.

⁷⁹ *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell*, 428.

⁸⁰ *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell*, 435.

evitando la aplicación literal de la norma constitucional descrita. Esto suponía armonizar los dos intereses existentes en el caso: por un lado, la necesidad de preservar la seguridad en las transacciones comerciales de interferencias ilegítimas de la autoridad estatal y, por otro, el interés del Estado en preservar la estabilidad financiera en casos de emergencia económica. Por tanto, la cuestión central del caso concreto no versaba acerca de la compatibilidad del texto constitucional con la ley impugnada, sino sobre la búsqueda de un «compromiso racional entre los derechos individuales y el bien público»⁸¹.

Ahora bien, para Hughes el proceso de armonización de intereses obligaba al juez a realizar un esfuerzo de optimización, en la medida que «ambos intereses debían ser armonizados de forma tal que ambos pudiesen ser protegidos debidamente»⁸². En el ejercicio de dicho proceso de razonamiento, el magistrado Hughes consideró que la legislación de Minnesota era absolutamente justificada en la medida que buscaba un propósito legítimo y las medidas adoptadas eran perfectamente razonables⁸³.

Hacia el final de la sentencia, el magistrado ponente Hughes quiso hacerse cargo de una de las críticas que el magistrado Sutherland hizo respecto del voto de mayoría en su voto discrepante. Para Sutherland, la relativización de un texto constitucional, cuya lectura era relativamente clara y su historia precisa, planteaba un grave problema constitucional. Para Sutherland, si bien las circunstancias a las cuales el texto constitucional aplicaba podían cambiar, el significado mismo de la Constitución era permanente y, por tanto, la cláusula en cuestión «no podía significar una cosa en un momento y otra enteramente distinta en otro»⁸⁴.

Hughes se sirvió del concepto de *constitución viviente* para responder al argumento planteado por Sutherland. De acuerdo al magistrado ponente de la sentencia, el empleo del mecanismo de ponderación de intereses requería adoptar una nueva visión en torno al concepto de *constitución*. Dicha nueva visión asumía que la Constitución norteamericana era un instrumento normativo altamente flexible y moldeable por los jueces en conformidad a los requerimientos de los cambios sociales⁸⁵. En ese sentido, los casos de significancia constitucional no debían ser resueltos a partir de aquello que los redactores de la Constitución quisieron decir, sino por medio de una ponderación

⁸¹ Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell, 442.

⁸² Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell, 439.

⁸³ Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell, 444-445.

⁸⁴ Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell, 449.

⁸⁵ Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell, 442.

de intereses que considerara debidamente «la visión de nuestro tiempo»⁸⁶. Para reafirmar su punto, Hughes citó *State of Missouri vs. Holland* (1920), sentencia en la cual el magistrado Oliver Wendell Holmes había señalado que:

Debemos darnos cuenta de que los redactores de la Constitución generaron un organismo respecto del cual no pudieron prever su completo desarrollo [...] el caso [...] [por tanto] debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia y no meramente a través de lo que se dijo cien años atrás⁸⁷.

En ese contexto, para Hughes, la cláusula constitucional que prohibía el menoscabo de los contratos simplemente representaba una «semilla»⁸⁸ que los «padres fundadores sembraron»⁸⁹, pero cuyo desarrollo debía analizarse a la luz de las circunstancias actuales que vivía el país⁹⁰.

La aproximación de Hughes, independiente de su acierto, es lógica. En efecto, la utilización de la ponderación de intereses requiere un particular entendimiento de la naturaleza de la Constitución cuya aplicación exige el caso. Así, un método de resolución de casos constitucionales extremadamente flexible como la ponderación requiere también de un concepto flexible de Constitución. En efecto, una constitución viviente, abierta a la introducción de nuevas visiones y moldeable de manera permanente por los jueces de acuerdo al contexto fáctico y ético en el que deciden, aparece en perfecta sintonía con mecanismos de resolución de casos como la ponderación.

El caso descrito es demostrativo de ello. A través del binomio ponderación-constitución viviente, Hughes fue capaz de (a) flexibilizar la lectura de una cláusula constitucional cuyo texto, historia y propósito eran relativamente claros y (b) decir que hacía aquello respetando la Constitución al mismo tiempo. Ello generó el rechazo del voto discrepante redactado por el magistrado Sutherland, quien terminó indicando que «si las cláusulas de la Constitución son aplicadas solo cuando conviene y se dejan sin aplicación cuando no, entonces ellas deberían ser abandonadas»⁹¹.

⁸⁶ *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell*, 442.

⁸⁷ *State of Missouri vs. Holland*, p. 433.

⁸⁸ *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell*, 444.

⁸⁹ *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell*, 444.

⁹⁰ *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell*, 444.

⁹¹ *Home Building & Loan Ass'n vs. Blaisdell*, 483.

IV. CONEXIONES: PROPORCIONALIDAD Y CONSTITUCIÓN VIVIENTE

La conexión entre ponderación y la noción de *constitución viviente* señalada por Hughes en el caso descrito se hace también presente en otros autores norteamericanos. Por ejemplo, Arthur S. Miller señala que la aceptación de la idea de constitución viviente requiere cambiar la forma de entender el proceso de resolución de los casos constitucionales⁹². Ese nuevo paradigma debería «considerar las consecuencias de decisiones judiciales alternativas y ponderar estas de acuerdo con ideales sociales abstractos (igualdad, respecto de relaciones racionales; igualdad, nuevamente, cuando el derecho al voto está en juego)»⁹³. Dicha ponderación de intereses contrapuestos debería realizarse no con base en estándares doctrinarios, sino en términos de utilidad social⁹⁴. Por tanto, la ponderación demandada por la constitución viviente implicaría: (a) realizar un *balancing* de intereses considerados estos como valores a optimizar y (b) aplicar un criterio de utilidad como medida del primero, considerando la mayor ventaja social posible⁹⁵. Tal como se señaló anteriormente, el magistrado Stone tenía la misma aproximación utilitarista respecto del uso de la ponderación⁹⁶.

Esta concepción constitucional, de acuerdo a Miller, permitiría considerar al derecho emanado de la Constitución en permanente estado de «llegar a ser»⁹⁷. Así, el contenido de este se iría determinando a la luz de «los cambios en las condiciones sociales existentes»⁹⁸, los que serían diagnosticados por medio de la ponderación. En ese sentido, el parámetro de legitimidad de las sentencias de los tribunales que aplican la Constitución sería siempre su ajuste con los cambios sociales que se dan a lo largo del tiempo⁹⁹.

Aleikinoff plantea que la utilización judicial del método proporcionalista de resolución de casos surgió en un contexto político que reclamaba, precisamente, la flexibilización de los estándares constitucionales. En efecto, la problemática política norteamericana de principios del siglo XX estaba basada en la necesidad de adaptar la Constitución al nuevo contexto social que emergía

⁹² Miller (1963: 903).

⁹³ *Loc. cit.*

⁹⁴ *Loc. cit.*

⁹⁵ *Loc. cit.*

⁹⁶ Stone (1936: 20).

⁹⁷ Miller (1963: 905).

⁹⁸ *Loc. cit.*

⁹⁹ *Ibid.*, p. 916.

a partir de la industrialización. Esa necesidad de adaptación de la Constitución al nuevo escenario requería de un estándar de resolución de casos flexible que considerara suficientemente la realidad a la cual se aplicaba¹⁰⁰.

Esa asociación entre ponderación y la noción de *constitución viviente* está presente también en los escritos de Stephen Breyer, actual magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Para él, toda formulación de absolutos debe desaparecer del derecho constitucional y debe asumirse que todo caso constitucional reviste un conflicto entre intereses contrapuestos que han de ser armonizados¹⁰¹. Dicha armonización debería realizarse a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, el que permite evaluar intereses contrapuestos a la luz de las circunstancias de cada caso¹⁰². Ahora bien, es a través de esa ponderación que los jueces permiten que la Constitución evolucione y «se adapte permanentemente [...] de forma tal que se corresponda con las cambiantes necesidades de la sociedad»¹⁰³.

La conexión entre ponderación y constitución viviente referida por la doctrina norteamericana de la primera mitad del siglo XX coincide con las aproximaciones más contemporáneas a la idea de proporcionalidad. Estas aproximaciones asumen que los derechos contenidos en las constituciones representan principios a ser optimizados entre sí a través de la aplicación del *test* de proporcionalidad¹⁰⁴. En ese sentido, los derechos constitucionales son conceptualizados como entidades *prima facie*; esto es, entidades sin límites específicos predeterminados por la ley fundamental. Están llamados a ser optimizados en la mayor medida de lo posible por el juez al momento de resolver casos en los cuales distintos derechos o intereses se contraponen entre sí¹⁰⁵. Luego, el contenido y extensión del derecho es una cuestión que debe determinar el juez constitucional caso a caso¹⁰⁶.

La concepción *prima facie* de los derechos constitucionales es instrumental para la aplicación de la ponderación. La indeterminación apriorística del contenido del derecho otorga suficiente flexibilidad al juez constitucional para realizar un ejercicio de *balancing* cuyo criterio, o estándar de medida, no aparece claro en la literatura¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Aleinikoff (1980: 952-953).

¹⁰¹ Breyer (2010: 236-237).

¹⁰² *Ibid.*, p. 242.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 253.

¹⁰⁴ Alexy (2002: 47-48).

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 44.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 57.

¹⁰⁷ Para una descripción de la discusión, *vid.* Webber (2009: 89-97).

En ese contexto, la Constitución, y en particular su declaración de derechos, no tiene mucho que decir al juez. Cualquier *bill of rights* termina siendo solo un mero marco que refiere los intereses a ser considerados por el juez en el momento de la ponderación. Esto flexibiliza el texto constitucional y lo moldea según a las valoraciones personales del juez. Desde esa perspectiva, la Constitución y, en específico el texto de su declaración de derechos, no representa un límite significativo a la acción de juez.

Por tanto, la Constitución, dentro de un esquema proporcionalista, adquiere una naturaleza meramente orientadora, tanto para las partes de un caso como para el juez llamado a resolverlo. Por ejemplo, para Beatty, los derechos constitucionales, en cuanto textualmente contenidos por las constituciones solo representan «ejercicios de retórica»¹⁰⁸ o, para Ignatieff, un «mero marco de referencia»¹⁰⁹ para las partes envueltas en una controversia jurídica. En ese contexto, el juez es el responsable de configurar el contenido de los derechos, todo ello de acuerdo a las necesidades sociales de cada época y a sus concepciones valóricas.

De esa forma, los tribunales determinarían el contenido de la Constitución y lo adaptarían a las nuevas realidades que van emergiendo constantemente. Por tanto, dentro de esta concepción, el juez constitucional siempre habría de ponderar entre las ventajas de continuar con la práctica constitucional vigente y la utilidad ofrecida por su reemplazo¹¹⁰. Dicha estimación debería estar inspirada por los valores constitucionales, pero entendidos aquellos de acuerdo al presente estadio de desarrollo moral de la sociedad¹¹¹.

Este último punto adquiere importancia. La constitución viviente, asociada a los modelos proporcionalistas de resolución de casos, no solo demanda de los jueces la aplicación de la Constitución a las nuevas circunstancias fácticas que surgen a lo largo de la historia. En esto no existe gran desacuerdo entre aquellos que son partidarios de esta tesis y aquellos que no lo son. Incluso Antonin Scalia, quien fuera magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América y uno de los principales críticos de la teoría de la constitución viviente, estuvo de acuerdo con este postulado¹¹². Sin embargo, el modelo tiene una exigencia adicional que genera tensiones. En efecto, este también reclama que la aplicación de la Constitución a las nuevas circunstancias fácticas que se produzcan al interior de la sociedad se haga según los cambios

¹⁰⁸ Beatty (2005: 171).

¹⁰⁹ Ignatieff (2003: 20).

¹¹⁰ Barak (2012: 29). *Vid.* también: Kavanagh (2003: 78).

¹¹¹ Barak (2002: 51).

¹¹² Scalia (1997: 140).

valóricos que los jueces perciben que se van produciendo al interior de la comunidad política. Por tanto, la Constitución no solo debería adaptarse al cambio de circunstancias materiales, sino también a los cambios morales del cuerpo social¹¹³.

En resumen, el surgimiento paralelo de las nociones de *ponderación de intereses* y *constitución viviente* no es casual. Por el contrario, ambas nociones se encuentran fuertemente asociadas y cada una supone la existencia de la otra. En efecto, la promoción de la ponderación como un mecanismo de resolución de casos constitucionales, destinada a modificar la práctica norteamericana previa, suponía asumir como presupuesto necesario para esa promoción la conceptualización de la Constitución como un instrumento viviente. Solo así la aplicación del principio de proporcionalidad, en un contexto de cambios sociales, no implicaba una infracción de la Constitución.

V. REFLEXIONES FINALES: LA PROBLEMÁTICA ASOCIADA AL BINOMIO PONDERACIÓN-CONSTITUCIÓN VIVIENTE

La doctrina descrita anteriormente ha sido considerada el «modelo recibido» por la mayoría de los autores y tribunales del mundo¹¹⁴. Sin embargo, este presenta aspectos problemáticos que el presente artículo, sin desarrollarlos enteramente, busca al menos plantear. Ellos están relacionados con lo dogmático, lo institucional y lo ético.

1. PROBLEMÁTICA DOGMÁTICA: CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

La constitución viviente y la proporcionalidad asumen una noción de Constitución abierta y flexible, moldeable y adaptable enteramente de acuerdo al criterio de los jueces y a las circunstancias que presente cada caso. Si bien es valorable que los tribunales aprecien la debida importancia de los hechos del caso y mediten acerca de las posibles consecuencias de sus fallos, dicha labor no puede significar la relativización completa de la Constitución¹¹⁵.

Incluso los partidarios de la noción de *constitución viviente* comparten este criterio. Ellos plantean la necesidad de compatibilizar la relativización de la norma constitucional con la necesidad de establecer límites al juez. Así, Kavanagh afirma que «un tribunal constitucional puede interpretar el conte-

¹¹³ Kavanagh (2003: 82-83).

¹¹⁴ Webber (2009: 56).

¹¹⁵ Sagués (2003: 9).

nido de las garantías constitucionales en varias formas, pero lo que no puede hacer es cambiar la Constitución misma»¹¹⁶. Por tanto, «la metáfora del instrumento viviente no implica que todos [los aspectos de la Constitución] están sujetos a cambios»¹¹⁷. En el mismo sentido, Strauss plantea que, pese a la naturaleza evolutiva de la Constitución, los jueces no pueden desobedecer las reglas constitucionales en la medida que ellas permiten cerrar la discusión en diversas temáticas¹¹⁸. Ello a menos que el resultado de la aplicación de la norma sea «verdaderamente inaceptable»¹¹⁹. Luego, «el hecho de señalar que tenemos una constitución viviente no significa autorizar a los tribunales a hacer cualquier cosa que ellos deseen llevar a cabo»¹²⁰.

Las advertencias anteriormente señaladas están alineadas con uno de los pilares fundamentales de todo Estado de derecho: la existencia de normas jurídicas predeterminadas que permitan al juez resolver casos en conformidad al Derecho vigente¹²¹. De carecer de dichas normas, la tremenda discrecionalidad de la cual dispondría el juez podría crear espacios para potenciales arbitrariedades en sus decisiones. El Estado de derecho admite la discrecionalidad judicial, pero sujeta a ciertos límites.

Ahora bien, una Constitución radicalmente moldeable también genera incentivos para desligar al juez respecto de la aplicación de la ley fundamental. Así, si el juez entiende la Constitución como un instrumento viviente, como un documento infinitamente moldeable, entonces su sentido de vinculación al mismo disminuye bastante. Esto puede significar un grave problema desde la perspectiva constitucional, la que busca sujetar el poder al derecho como expresión propia de las demandas del tradicionalmente concebido *rule of law* (Estado de derecho)¹²².

¹¹⁶ Kavanagh (2003: 77).

¹¹⁷ *Loc. cit.*

¹¹⁸ Strauss (2010: 104-105). Para una revisión crítica del texto de David Strauss, *vid.* el estudio de Miguel Carbonell titulado «Sobre la Constitución Viviente» publicado en *Estudios Constitucionales* (2012).

¹¹⁹ Strauss (2010: 111).

¹²⁰ *Ibid.*, p. 118. En ese mismo sentido, el magistrado Manuel Aragón advirtió en su voto particular en la Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional español la idea de que el recurso al constitucionalismo viviente podría, en la práctica, servir como un medio para modificar la Constitución «eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello» (Ap. 2). Ello no sería aceptable en la medida que «el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no su supremo dueño» (Ap. 2).

¹²¹ Fuller (1964: 81).

¹²² Dicey (1897: 185).

La problemática planteada es aún más seria si consideramos que la extrema flexibilización de la Constitución puede dejar al juez constitucional sin criterio predeterminado para resolver un caso concreto. En efecto, si la Constitución dice poco o nada al juez, este finalmente carecerá de los instrumentos necesarios para resolver. Esto es, la relativización radical del texto constitucional implica privar a los jueces de importantes criterios jurídicos de resolución de controversias tratándose de casos sobre derechos fundamentales.

Ello, sin embargo, es asumido como algo inevitable por algunos autores proporcionalistas. Por ejemplo, Matthias Kumm plantea que tratándose de la aplicación del principio de proporcionalidad en casos concretos, la radical flexibilidad del texto constitucional no permite al juez su utilización como un criterio decisorio¹²³ y, por tanto, él debe centrar su análisis en la razonabilidad de los argumentos ofrecidos por el Estado para la restricción del derecho en cuestión¹²⁴. Desde esa perspectiva, la proporcionalidad efectivamente requeriría un modelo de Constitución radicalmente indeterminado y flexible. El problema es que dicha posición aparece en tensión con los principios básicos de la noción tradicional de Estado de derecho, que reclama la sujeción del juez a criterios predeterminados. A esto se suman otros problemas prácticos que debería confrontar un juez sin reglas predeterminadas¹²⁵.

En resumen: una aproximación absolutamente relativista y proporcionalista al texto de la Constitución aparece en contraposición al modelo constitucionalista clásico de una Constitución que sirve de límite al poder y que, por tanto, busca restringir la actividad de la autoridad estatal.

2. PROBLEMÁTICA INSTITUCIONAL: EL PAPEL DESEMPEÑADO POR EL JUEZ

La aceptación del binomio ponderación-constitución viviente implica aceptar que el juez constitucional puede, y debe, operar como un agente de cambio constitucional. Ello puede traer como consecuencia que el juez modifique la Constitución, tal como lo enseña la práctica norteamericana de la primera mitad del siglo xx. Esto conlleva que la Constitución se encuentra permanentemente abierta para ser re-negociada y modificada a través de los fallos de los tribunales¹²⁶.

Ello plantea algunos problemas desde la perspectiva político-institucional. En efecto, reconocer a los jueces potestades constituyentes podría impli-

¹²³ Kumm (2010: 147).

¹²⁴ *Ibid.*, p. 150.

¹²⁵ Urbina (2012: 71-80).

¹²⁶ Webber (2011: 52).

car restar autoridad al legislador democrático, quien es el primero en ser llamado para, en tiempos de normalidad, modificar la Constitución¹²⁷. Desde esa perspectiva, no representa problema alguno el entender la Constitución como una norma abierta a cambios y adaptable a nuevas situaciones. El problema más bien residiría en la autoridad llamada a introducir esos cambios y la entidad de esas adaptaciones¹²⁸. De acuerdo al modelo ponderación-constitución viviente, es el juez el llamado a adaptar la Constitución a los nuevos tiempos y a las nuevas visiones éticas que van surgiendo. Esto plantea inconvenientes desde la perspectiva de la teoría democrática; en efecto, un proceso de reforma constitucional específico realizado a través de una decisión judicial (a) es efectuado por autoridades no elegidas y (b) es llevado a cabo por autoridades cuya responsabilidad política no puede hacerse efectiva por parte de los ciudadanos.

En ese sentido, el modelo exigiría que el juez ejerciera una discrecionalidad sumamente amplia para apreciar los hechos y valorar los principios que se deben aplicar a la realidad. Este tipo de discrecionalidad es muy similar a aquella que goza el legislador. Sin embargo, entre ambos ejercicios de discrecionalidad existe una importante diferencia: mientras el ejercicio de la discrecionalidad legislativa es controlado políticamente por los ciudadanos a través de las elecciones (lo que genera un sentido de *self-restraint*, o autocontrol, en el legislativo), el ejercido por el juez no lo es. La existencia de discrecionalidad sin control administrativo, judicial o político resulta difícil de compatibilizar con la noción de Estado de derecho, que exige establecer restricciones a la autoridad estatal en el ejercicio de su poder.

En ese contexto, parece mucho más razonable que sea el legislador democrático que adopte la Constitución de cada comunidad política a las exigencias de cada tiempo y no los tribunales. Tal como Roscoe Pound lo explicaba, los legisladores disponen de una mayor capacidad institucional para conocer de la situación global de una comunidad y de los cambios sociales que en ella puedan experimentarse¹²⁹. Esto se explica, de acuerdo a Pound, debido a la existencia de comités parlamentarios, audiencias y comisiones, en donde los legisladores pueden acceder directamente al conocimiento de la realidad y operar conforme a ello¹³⁰. Adicionalmente, las legislaturas disponen de organismos que las asesoran directamente en cuestiones de análisis empírico o comparativo. Por ejemplo, considérese tan solo el Congressional

¹²⁷ *Loc. cit.*

¹²⁸ Sagués (2003: 13-16).

¹²⁹ Pound (1909: 621-622).

¹³⁰ *Ibid.*, p. 621.

Research Service de los Estados Unidos, una agencia que cuenta con más de cien años de existencia y que presta asesoría a ambas Cámaras del Congreso norteamericano¹³¹. Durante el año 2014, respondió 593 000 consultas de representantes y senadores y, además, publicó más de mil reportes en diversas áreas de estudio¹³². Su presupuesto estatal en el mismo año superó los cien millones de dólares¹³³. Evidentemente, los tribunales no disponen de ese grado de especialización y apoyo en cuanto análisis fáctico de circunstancias.

Otro elemento relacionado con el anterior dice relación con la pericia judicial. Paul Yowell destaca el hecho de que los jueces que integran los tribunales, incluso los superiores, están preparados para resolver casos en derecho y no son, necesariamente, expertos en la realización de análisis empíricos cuya formulación requiere de conocimientos y formación específica en ciencias¹³⁴. Pero Yowell va más allá: incluso si esos jueces percibieren por parte de instituciones técnicamente calificadas la información correctamente procesada, eso no asegura que los magistrados puedan deducir conclusiones adecuadas a partir de la información recibida¹³⁵. Esto adquiere una dramática importancia en el contexto del uso de la ponderación, cuya aplicación requiere del conocimiento acabado de la realidad concreta que existe detrás del caso.

En vista de lo anterior, es preferible que, si la Constitución requiere cierto grado de adaptación a nuevas realidades, esta sea adaptada a través de la legislatura y no a través de fallos judiciales que buscan ponderar intereses contrapuestos, los que muchas veces son realizados a partir de análisis empíricos respecto de los cuales los tribunales no se encuentran necesariamente preparados.

3. PROBLEMÁTICA ÉTICA: CONSECUENCIALISMO Y PROPORCIONALISMO JURÍDICO

Pareciera que detrás de la aceptación del binomio ponderación-constitución viviente existe la suposición de que la interpretación de las cláusulas constitucionales de acuerdo a criterios éticos y valores contemporáneos implicaría un tipo de progreso moral. En ese sentido, la ponderación de derechos e intereses realizada de acuerdo a la percepción ética del tiempo presente siempre, o casi siempre, generaría resultados que permitirían a la comunidad política dar

¹³¹ *Vid.* <http://www.loc.gov/crsinfo/about/>

¹³² Congressional Research Service. Library of Congress (2014: 1).

¹³³ Congressional Research Service. Library of Congress (2014: 30).

¹³⁴ Yowell (2012: 167).

¹³⁵ *Ibid.*, p. 168.

un paso adelante en su desarrollo moral. Sin embargo, nada asegura que la ponderación de derechos e intereses orientada de acuerdo a valores *contemporáneos* genere necesariamente resultados moralmente superiores a aquellos que produciría la aplicación de otros valores al entendimiento del caso concreto¹³⁶. Consideremos un caso paradigmático: *Dred Scott vs. Sandford* (1857), en el cual el Tribunal Supremo norteamericano, aplicando criterios morales contemporáneos a su tiempo, estimó que la esclavitud de seres humanos era una institución perfectamente legal. Esta conclusión fue y es éticamente inaceptable¹³⁷. Por tanto, la idea de que la ponderación de intereses permite necesariamente el progreso moral de la comunidad política a través de una mejor comprensión de los valores constitucionales no es cierta en *todos* los casos.

Por otro lado, el binomio ponderación-constitución viviente se manifiesta partidario de un modelo ético consecuencialista¹³⁸. De hecho, tal como se aprecia en el desarrollo de esta doctrina en Estados Unidos, el criterio de decisión del juez debía focalizarse tanto en los hechos y circunstancias del caso como en las consecuencias de las potenciales decisiones. Todo ello con la idea de armonizar intereses contrapuestos y de adaptar la Constitución a los nuevos escenarios sociales.

Esa armonización supone la práctica de la ponderación como modelo de resolución de casos de derechos fundamentales. Esta, a su vez, supone, en la mayoría de los casos, la adopción de un modelo ético consecuencialista en el cual el elemento central que define la bondad de la decisión judicial es el resultado de esta. En efecto, la ponderación de intereses contrapuestos supone asumir que producto de aquel ejercicio de ponderación existen diversas opciones de resultado, distintos *mundos posibles* que pueden generarse a partir de ese ejercicio. En ese contexto, se considerará correcta a aquella decisión que haga presente aquel *mundo posible* que optimice de la forma más eficiente los intereses contrapuestos que aparecen en contraposición en el caso concreto¹³⁹.

En ese sentido, la utilización del criterio proporcionalista implica que los factores centrales que debe ponderar el juez no dicen relación con la naturaleza de la acción u omisión sujeta a su conocimiento, sino a las consecuencias que podrían producirse a partir de la selección de uno u otro modelo de optimización. Desde esa perspectiva, la decisión judicial será correcta no en la medida en que sea capaz de juzgar adecuadamente el carácter de la acción,

¹³⁶ Goldsworthy (2011: 65).

¹³⁷ *Dred Scott vs. Sandford*.

¹³⁸ Alvarado (2015: 410).

¹³⁹ Alexy (2002: 50).

cuya constitucionalidad se objeta o se defiende, sino en la medida en que ella escoja un modelo de optimización adecuado, el que permita comparar el beneficio social marginal y el daño social marginal producido por la restricción del derecho¹⁴⁰.

Ahora bien, esto supone que los *mundos posibles* que se puedan producir a partir de la ponderación sean susceptibles de ser mensurados entre sí y anticipados debidamente. Solo de esa forma el juez podrá escoger la solución correcta al problema. Esta posibilidad de mensuración es objeto de una ardua discusión doctrinaria entre diversos autores¹⁴¹. En efecto, no existe una absoluta claridad respecto del estándar aplicable para mensurar valores o principios entre sí.

Otro problema central de la aproximación proporcionalista es su rechazo conceptual de la existencia de absolutos morales protegidos por los derechos humanos. Para la ética en la que se fundan los derechos humanos, existen ciertos absolutos morales protegidos por la gramática de los derechos; esto es, bienes humanos básicos que no pueden ser infringidos, cualquiera que sea la justificación invocada por el Estado o los privados¹⁴². Sin embargo, para una aproximación proporcionalista extrema, esto no es necesariamente así. En efecto, la aplicación del modelo en puridad exige asumir que no existen derechos absolutos para facilitar la optimización de los derechos-principios en conflicto¹⁴³. De lo contrario, la ponderación se tornaría un ejercicio imposible.

Esta aproximación es problemática desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos. Si los derechos humanos no admiten un núcleo duro, del cual ni el Estado ni los particulares puedan disponer, entonces se pone en riesgo mucho de lo avanzado en la comprensión de los derechos fundamentales en el último siglo, tal como nos lo enseña la reciente y terrible experiencia de la denominada *guerra contra el terrorismo*. Existen bienes humanos cuya protección no admite ponderación. Dicho núcleo duro de los derechos humanos aparece en la forma de prohibiciones absolutas en la mayoría de las convenciones de derechos humanos¹⁴⁴, las que declaran que «na-

¹⁴⁰ Barak (2012: 350-351).

¹⁴¹ Finnis (2011a: 233-255), Webber (2011: 89-100). Una visión en contrario es posible encontrarla en el trabajo de Bernal Pulido (2006).

¹⁴² Finnis (1991: 3-6).

¹⁴³ Alexy (2002: 64). Para analizar un dramático ejemplo de las consecuencias prácticas de la aproximación proporcionalista a los derechos en el contexto de la prohibición absoluta de la tortura, *vid.* Brugger (2000: 661-678).

¹⁴⁴ Finnis (2011b: 211-213).

die puede ser privado de la vida arbitrariamente»¹⁴⁵, que «nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»¹⁴⁶ o que «nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre»¹⁴⁷. En ese sentido, no existen argumentos suficientes que puedan justificar una infracción directa e intencional de dichas prohibiciones. Ni siquiera es argumento válido la invocación de un supuesto cambio en las *mores* (costumbres y usos) de la sociedad que hace necesario actualizar el entendimiento de la Constitución. Es por ello que esas prohibiciones absolutas no pueden ser suspendidas ni siquiera «en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado»¹⁴⁸. Ello por cuanto las mismas conforman parte esencial de «las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática»¹⁴⁹.

En conclusión: el binomio ponderación-constitución viviente produce una serie de tensiones que relativizan el núcleo duro de los derechos humanos e invocan la necesidad de actualizar el texto constitucional a las percepciones morales de cada época. Ello puede, en la práctica, justificar la infracción de los derechos fundamentales en aras de la protección de intereses cuya justicia no es debidamente apreciada por el juez dentro de modelos de resolución de casos de naturaleza proporcionalista.

VI. CONCLUSIÓN

Conceptualmente, la adopción de mecanismos de resolución de casos de derechos fundamentales de tipo proporcionalista está asociada a la noción de *constitución viviente*. En efecto, la práctica de la ponderación de derechos e intereses considerados como principios requiere de la flexibilidad radical que el modelo de constitución viviente, precisamente, ofrece. Asimismo, la adopción de la constitución viviente también supone la aproximación proporcionalista a los derechos; en efecto, la ponderación es el instrumento a partir del cual los jueces constitucionales no solo van configurando y adaptando las constituciones a las nuevas circunstancias de hecho que puedan ir surgiendo a lo largo de la historia, sino también el medio a través del cual las cláusulas

¹⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 22 de noviembre de 1969, art. 4.1.

¹⁴⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), art. 5.2.

¹⁴⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), art. 6.1.

¹⁴⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), art. 27.1.

¹⁴⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), art. 32.2.

constitucionales son leídas a la luz de los valores del tiempo presente. Todo ello supone, al final, que los jueces constitucionales al momento de ponderar y modificar el alcance de la constitución no interpreten, sino que creen derecho en una forma que se parece demasiado a aquella que los legisladores emplean en el Parlamento.

Es posible apreciar esta conexión conceptual en el contexto histórico-constitucional norteamericano de principios del siglo XX, en el que intelectuales, políticos y juristas abogaban por adoptar una nueva práctica constitucional. Dicha práctica se impuso precisamente a través de la adopción de (a) la ponderación como mecanismo de resolución de casos de derechos fundamentales y (b) de la noción de *constitución viviente*. Ambas concepciones surgen de modo simultáneo y con un mismo propósito político-jurídico: actualizar la Constitución a través de la expansión de los poderes de las legislaturas federales y estatales, lo que suponía flexibilizar los estándares judiciales de revisión aplicados por el Tribunal Supremo norteamericano de aquel tiempo.

Finalmente, este trabajo buscó ilustrar las tensiones que el binomio ponderación-constitución viviente genera dentro del constitucionalismo. Ellas dicen relación con cuestiones dogmáticas, institucionales y éticas. La identificación de estas permite promover un estudio crítico acerca de las posibilidades reales que tiene el modelo ponderación-constitución viviente para ajustarse a las exigencias propias de la noción tradicional de *constitucionalismo*.

Bibliografía

- Ackerman, B. (2014). *We The People. The Civil Rights Revolution*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Aleinikoff, A. (1987). Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal* (96), 943-1005. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/796529>.
- Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Alvarado, J. T. (2015). Derechos fundamentales, interpretación proporcionalista y consecuencialismo. La relevancia jurídica de las teorías morales fundamentales. *Estudios Constitucionales*, 13 (2), 391-418. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000200013>.
- Barak, A. (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0036>.
- Beard, C. A. (1936). The living constitution. *Annals of the American Academy of Political and Social Science* (185), 29-34. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1177/000271623618500106>.
- Beatty, D. (2005). *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press.
- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional* (77), 51-75.

- Bomhoff, J. (2013). *Balancing Constitutional Rights: The Origins and Meanings of the Postwar Legal Discourse*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781107360280>.
- Breyer, S. (2010). *Making our Democracy Works. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf.
- Brugger, W. (2000). May government ever use torture? Two responses from German law. *American Journal of Comparative Law* (48), 661-678. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/840910>.
- Carbonell, M. (2012). Sobre la constitución viviente. *Estudios Constitucionales*, 10 (2), 609-616. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200016>.
- Cardozo, B. (1921). *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press.
- Compton, J. W. (2014). *The Evangelical Origins of the Living Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- Congressional Research Service. Library of Congress (2014). *Annual report of the Congressional Research Service of the Library of Congress for fiscal year 2014*. Washington D.C.: Library of Congress.
- Corwin, E. S. (1936). Constitution vs. constitutional theory. *The American Political Science Review*, 19 (2), 290-304. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/2938923>.
- De la Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- Dewey, J. (1924). Logical method and the law. *Cornell Law Review*, 10 (1), 17-27. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/2179188>.
- Dicey, A. V. (1897). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Londres: MacMillan.
- Dodson, S. (2008). A Darwinist view of the living constitution, *Vanderbilt Law Review* (61), 1319-1347.
- Finnis, J. (1991). *Moral absolutes. Tradition, Revision, and Truth*. Washington D.C: The Catholic University of America Press.
- (2011a). Commensuration and public reason. En J. Finnis. *Reason in Action: Collected Essays* (vol. I., pp. 233-255). Oxford: Oxford University Press.
- (2011b). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Frantz, L. B. (1963). Is the First Amendment Law? A reply to professor Mendelson. *California Law Review* (51), 729-754. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/3478937>.
- Fuller, L. L. (1964). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Goldsworthy, J. (2011). The case for originalism. En G. Huscroft y M. Bradley (dirs.). *The Challenge of Originalism* (pp. 42-69). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781139003926.004>.
- Goodnow, F. (1911). *Social Reform and the Constitution*. New York: Macmillan Company.
- (1913). Judicial interpretation of constitutional provisions. *Proceedings of the Academy of Political Science in the City of New York*, 3 (2), 1-16.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2003). *The Federalist Papers*. En T. Ball (ed.). Cambridge, Cambridge University Press.
- Horwitz, M. J. (1993). The Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism. *Harvard Law Review* (107), 30-117.

- Ignatieff, M. (2003). *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press.
- Jellinek, G. (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Kavanagh, A. (2003). The idea of a living constitution, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* (15), 55-89.
- Kommers, D., Finn, J. y Jacobson, G. (2010). *Constitutional Law. Essays, Cases and Comparative Notes: Liberty, Community, and the Bill of Rights*. Landham: Rowman and Littlefield.
- Kumm, M. (2010). The idea of socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review. *Law and Ethics of Human Rights* (4), 142-175. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2202/1938-2545.1047>.
- Matia Portilla, F. J. (2013). Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo. *Teoría y Realidad Constitucional* (31), 535-554.
- Miller, A. S. (1963). Notes on the concept of the living constitution. *The George Washington Law Review*, 31 (5), 881-918.
- Pound, R. (1908). Mechanical jurisprudence. *Columbia Law Review*, 8 (8), 605-623. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/1108954>.
- (1909). Liberty of contract. *Yale Law Review* (18), 454-487. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/785551>.
- (1943). A survey of social interests. *Harvard Law Review* (57), 1-39. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/1334970>.
- Peebles, T. H. (1980). A call to high debate: the organic constitution in its formative era, 1890-1920. *University of Colorado Law Review* (52), 49-104.
- Rehnquist, W. (1976). The notion of a living constitution. *Texas Law Review* (54), 693-706.
- Reimann, M. (1996). Continental imports. The influence of European law and jurisprudence in the United States. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (64), 391-410. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1163/157181996X00102>.
- Rollnert Liern, G. (2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional* (101), 125-155.
- Sánchez Urrutia, A. V. (2000). Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional* (58), 105-135.
- Scalia, A. (1997). *A Matter of Interpretation: Federal Court and the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Sagüés, N. P. (2003). Reflexiones sobre la constitución viviente. *Dikaion* (12), 1-18.
- Solomon, R. L. (2005). Court-packing plan. En K. L. Hall (dir.). *The Oxford Companion to the United States Supreme Court* (pp. 233-234). New York: Oxford University Press.
- Stone, H. F. (1936). The common law in the United States. *Harvard Law Review* (50), 4-26. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2307/1333183>.
- Strauss, D. A. (2010). *The Living Constitution*. New York, Oxford University Press.
- Thomas Sullivan, E. y Frase, Richard S. (2009). *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*. New York: Oxford University Press.

- Urbina, F. J. (2012). A critique of proportionality. *American Journal of Jurisprudence* (57), 49-80. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1093/ajj/57.1.49>.
- Watson, B. (2009). *Living Constitution, Dying Faith. Progressivism and the New Science of Jurisprudence*. Wilmington: ISI Books.
- Webber, G. (2009). *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511691867>.
- Wilson, W. (1908). *Constitutional Government in the United States*. New York: Columbia University Press.
- Wiecek, W. M. (2005). New deal. En K. L. Hall (dir.). *The Oxford Companion to the United States Supreme Court* (p. 678). New York: Oxford University Press.
- Yowell, P. (2012). Empirical research in rights-based judicial review of legislation. En P. M. Huber y K. Ziegler (dirs.). *Current Problems in the Protection of Human Rights—Perspectives from Germany and the UK* (pp. 155-186). Oxford: Hart Publishing.
- Yowell, P. (2014). Proportionality in United States constitutional law. En L. Lazarus, C. McCrudden y N. Bowles (dirs.). *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagements* (pp. 87-113). Oxford: Hart Publishing.

Referencias jurisprudenciales

Tribunal Constitucional Español

6 de noviembre de 2012. Sentencia 198/2012. Voto particular del magistrado Manuel Aragón Reyes.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América

1.º de marzo de 1897. 165 U.S. 578. (1897). *Allgeyer vs. Louisiana*.

17 de abril de 1905. 198 U.S. 45. (1905). *Lochner vs. New York*.

19 de abril de 1920. 252 U.S. 416. (1920). *State of Missouri vs. Holland*.

11 de diciembre de 1922. 261 U.S. 525. (1923). *Adkins vs. Children's Hospital of District of Columbia*.

3 de enero de 1927. 273 U.S. 34. (1927). *Di Santo vs. Commonwealth of Pennsylvania*.

4 de junio de 1928. 277 U.S. 438. (1928). *Olmstead vs. United States*.

8 de enero de 1934. 290 U.S. 398. (1934). *Home Building and Loan Ass'n vs. Blaisdell*.

22 de noviembre de 1939. 308 U.S. 147. (1939). *Schneider vs. State of New Jersey*.